

ANÁLISIS PRÁCTICO DEL RÉGIMEN PARA EL CUESTIONAMIENTO DE VALIDEZ DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

PRACTICAL ANALYSIS OF THE REGIME FOR CONTESTING THE VALIDITY OF CORPORATE RESOLUTIONS OF A JOINT STOCK COMPANY

Samuel Véliz Ortíz*
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

In this paper, the author seeks to provide proposals to overcome the existing problems in the regime for challenging the validity of corporate resolutions of a corporation provided for in Law 26887, Ley General de Sociedades.

For this purpose, the author first analyzes the nature of the corporate resolutions that may be adopted by a corporation. Subsequently, the author examines articles 38, 139 and 150 of the same law to provide answers to the problems that arise, mainly, with respect to the determination of the resolutions that can be contested under each article, the grounds that can be invoked, the active legitimacy to initiate the corresponding actions and the expiration periods that operate.

KEYWORDS: Partnership agreements; nullity; voidability; contestability; legitimacy.

En el presente trabajo, el autor busca brindar propuestas para sobrepasar los problemas existentes en el régimen para el cuestionamiento a la validez de los acuerdos societarios de una sociedad anónima previsto en la Ley 26887, Ley General de Sociedades.

Para ello, el autor analiza, en primer lugar, la naturaleza de los acuerdos sociales que pueden ser adoptados por una sociedad anónima. Posteriormente, el autor examina los artículos 38, 139 y 150 de la misma Ley para dar respuestas a la problemática que se genera, principalmente, respecto, a la determinación de los acuerdos que pueden ser cuestionados bajo cada artículo, las causales que pueden invocarse, la legitimidad activa para iniciar las acciones correspondientes y los plazos de caducidad que operan.

PALABRAS CLAVE: Acuerdos societarios; nulidad; anulabilidad; impugnación; legitimidad.

* Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Navarra. Profesor del curso de Sociedades Anónimas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. Asociado Senior del Área Corporativa del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Contacto: svelizo@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 21 de agosto de 2023, y aceptado por el mismo el 26 de septiembre de 2023.

I. EL DERECHO A CUESTIONAR LOS ACUERDOS SOCIALES Y SU PROBLEMÁTICA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

El derecho del accionista de una sociedad anónima a cuestionar la validez de un acuerdo societario resulta un derecho esencial y fundamental para la condición de socio. Tanto es así que dicho derecho no sólo es atribuible a los titulares de acciones con derecho a voto; sino inclusive a titulares de acciones sin derecho a voto frente acuerdos sociales que lesionen sus derechos, tal como lo prevé el artículo 96.3 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) y a terceros ajenos a la sociedad en algunos determinados supuestos. Al respecto, Abramovich opina en el mismo sentido al señalar que “uno de los derechos con los que cuenta todo accionista, es cuestionar los acuerdos sociales, en determinadas circunstancias y previo cumplimiento de los correspondientes requisitos [...]” (2003, p. 243).

Entonces, el régimen de cuestionamiento de validez de los acuerdos sociales resulta un aspecto estructural en la normativa societaria; ya que, debe tenerse presente que a diferencia, por ejemplo, de un contrato, el cual se celebra ante el común acuerdo de las partes; los acuerdos de una sociedad se adoptan por mayorías que vincularán a las minorías y a la propia sociedad; por lo que podrán darse situaciones en que una parte es afectada (o al menos así se considera) por la decisión de la mayoría que tomó la decisión.

Es por ello que, los acuerdos sociales tendrán que cumplir requisitos de forma (por ejemplo, cuórum, mayorías, etc.) y de fondo (por ejem-

plo, no lesionar el interés social) para desplegar efectos jurídicos. De esta forma, que existan disposiciones claras para el ejercicio del derecho de cuestionar acuerdos societarios, es vital para el funcionamiento de la propia sociedad, la tutela de los derechos de los accionistas (ya sea de mayoritarios o minoritarios) e incluso de terceros ajenos a la sociedad.

La LGS busca brindar un régimen para cuestionar acuerdos societarios a través de tres artículos: (i) el artículo 38¹ que regula la nulidad de los acuerdos societarios, el cual es aplicable para todas las sociedades reguladas por la LGS; (ii) el artículo 139² que regula la “impugnación” de acuerdos adoptados por la junta general de accionistas de una sociedad anónima, y (iii) el artículo 150³ que regula la nulidad de acuerdos adoptados por la junta general de accionistas de una sociedad anónima.

Sin embargo, la práctica a lo largo de los veinticinco años de vigencia de nuestra LGS permite concluir que el régimen planteado por la misma resulta confuso y muchas veces contradictorio; principalmente por dos motivos: (i) las mismas causales pueden ser sancionadas con diversos efectos; ya que, por ejemplo, el texto de la LGS permite, erróneamente, interpretar que un mismo acuerdo puede adolecer de un vicio de impugnación en virtud del artículo 139 y de un vicio de nulidad en virtud del artículo 150; y (ii) los plazos para interponer las acciones correspondientes no son claros. Esta problemática es resumida por Román Olivas del siguiente modo:

Nuestra realidad legislativa —entiéndase principalmente a los artículos 38, 139 y 150 de la

¹ Artículo 38.-

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias. La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad (1997).

² Artículo 139.-

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley. No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente. En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe (1997).

³ Artículo 150.-

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

Ley General de Sociedades— carece de la claridad necesaria a efectos de erigir una justicia predecible.

A nuestro parecer, no merece elogio alguno, puesto que en esta se preceptúan una serie de supuestos sin diferenciar claramente la categoría jurídica invalidante, originando que diversos aspectos prácticos tan sencillos como el determinar a quien corresponde la legitimidad para obrar activa, o cual resultaría ser el plazo de caducidad aplicable, o bien verificar si la vía procedimental asignada es la correcta, no pueden ser definidas claramente (2009, pp. 93-94).

La problemática, entonces, es evidente y se vive en el mundo societario de forma cotidiana. Una de las tareas más complejas; ya sea para un abogado privado, un juez o un árbitro es poder determinar el vicio de validez de un acuerdo societario, dada la poca claridad de la LGS. Es más, este asunto, por lo controvertido, ha sido abordado en diversas ocasiones por varios especialistas en el tema (ejemplo, Abramovich, 2003; Palacios, 2007; Román, 2009; Cieza, 2011; Echaíz, 2015; Armengol y Delmar, 2019; entre otros). En las siguientes páginas no queremos ser reiterativos con anteriores trabajos haciendo denotar la ambigüedad en la LGS respecto al cuestionamiento de acuerdos societarios; ya que nos parece que el problema está evidenciado; sino que la intención del trabajo es brindar una guía práctica —sustentada— para buscar aclarar de cierto modo el régimen actual de la LGS; dado que somos de la opinión que; desde una lectura sistemática de esta, podemos encontrar soluciones a las contradicciones de la norma. De este modo, nos centraremos en plantear una propuesta para identificar (i) los acuerdos susceptibles de ser cuestionados bajo cada figura, (ii) las causas; (iii) la legitimidad activa; y (iii) los plazos de caducidad para el ejercicio de la acción respectiva.

II. ¿CUÁLES SON LOS ACUERDOS SOCIETARIOS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA?

Como punto anterior a analizar los vicios de los que puede adolecer un acuerdo societario, resulta evidente que primero se debe tener claro qué actos califican como acuerdos societarios. Para ello, es necesario repasar la estructura organizativa de una sociedad anónima.

Tal como lo estructura la LGS, la sociedad anónima cuenta con dos órganos societarios. El primero es la junta general de accionistas y el segundo (o los segundos) los órganos de administración; siendo estos el directorio y la gerencia general⁴. La LGS; así como el resto de las legislaciones societarias a nivel internacional, prevé una estructura de organización que permita que la sociedad forme y manifieste su conciencia y voluntad; ya que, precisamente la conciencia y voluntad son atributos propios de las personas naturales. Por ello, más allá de que una sociedad anónima sea una ficción legal independiente a las personas naturales que la conforman que es capaz de tener sus propios derechos y obligaciones, al fin y al cabo, las decisiones de una sociedad son adoptadas; ya sea de forma directa o indirecta, por personas naturales. Sobre la necesidad de la existencia de los órganos societarios, Uría y Menéndez señalan lo siguiente:

La sociedad anónima, como entidad jurídica dotada de personalidad, necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa. La teoría organicista cobra en esta sociedad especial relieve en razón a su carácter capitalista e impersonal.

Los órganos sociales encarnan en personas físicas o en pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad, desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales (2007, p. 867).

No obstante, no todos los órganos societarios son susceptibles de adoptar ‘acuerdos societarios’; ya que ello es propio y exclusivo de los órganos de conformación colectiva; siendo estos, la junta general de accionistas y el directorio.

La naturaleza colectiva de la junta de accionistas se aprecia en el artículo 111 de la LGS al indicar que “**los accionistas constituidos** en junta general debidamente convocada, y con el cuórum correspondiente, **deciden por la mayoría** que establece esta ley los asuntos propios de su competencia [...]” [el énfasis es nuestro] y por el principio de pluralidad de socios recogido en el artículo 4 de la LGS⁵ que establece la obligación de que una socie-

⁴ Debe tenerse presente que el artículo 247 de la LGS permite que una sociedad anónima cerrada prescinda del directorio; por lo que podría contar únicamente con una junta general de accionista y con la gerencia general, como órganos sociales.

⁵ Artículo 4.-

La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. No es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley (1997).

dad peruana cuenta como mínimo con dos socios; siendo así que en el Perú no se encuentran permitidas (aún) las sociedades unipersonales. Por su parte, la naturaleza colectiva del directorio se aprecia de una forma más clara en el artículo 153⁶ de la LGS, el cual señala que el directorio es un órgano colegiado y que; según el último párrafo del artículo 155 de la LGS, debe estar conformado como mínimo por tres miembros. Es por dicho motivo –su naturaleza colectiva– de que la LGS regula normas de cuórum y mayorías para ambos órganos societarios.

En cambio, la gerencia general no es un órgano de conformación colectiva; sino, por el contrario, es un órgano individual; por lo que no es necesario que la LGS (y en efecto no lo hace) regule disposiciones de cuórum y de mayorías. Sobre la naturaleza individual de la gerencia general, Rey y Trelles nos explican lo siguiente:

El gerente general, a diferencia de otros órganos sociales como el directorio, adopta sus decisiones individualmente. Es decir, esa sola persona debe evaluar y decidir respecto a la totalidad de problemas que se van generando día a día en una sociedad. Es la cabeza visible de la empresa [...].

Así, el gerente general tiene una doble función, por un lado, la de ejecutor en la gestión del negocio, y por otro la representación de la sociedad ante los distintos agentes que participan en el mercado, consumidores, entidades estatales, entre otros (2003).⁷

Resulta evidente que la actividad empresarial genera que la sociedad tenga un órgano social cuyo funcionamiento no esté revestido de formalidades que impidan o limiten su actuación rápida frente a las necesidades y oportunidades de la compañía. Ahora bien, el lector podrá pensar fácilmente en varias compañías en las que no solamente existe un gerente general; sino que, por la dimensión de sus actividades, existen varias gerenciales especializadas; tales como una gerencia financiera, gerencia legal, gerencia de operaciones, etc. La pluralidad o variedad de diversas gerencias de una sociedad está permitida por el segundo párrafo del artículo 185 de la LGS, el cual señala que “cuando se designe un solo gerente este será el gerente general y cuando se designe más de un gerente, debe indicar en cuál o cuáles de ellos recae el título de gerente general”.

No obstante, la posibilidad de que existan diversas gerencias especializadas en una compañía no convierte a la ‘gerencia’ en un órgano societario colectivo desde el punto de vista societario. Quizás en la práctica se pueda requerir que algunas decisiones no sean solamente adoptadas por el gerente general; sino que será necesario que se involucren a más gerencias; siendo incluso posible que dichas decisiones sean reflejadas en actas o documentos formales (por ejemplo, cuando existen comités dentro de una compañía); sin embargo, en el ámbito del derecho societario, dichos acuerdos no tendrán la naturaleza de acuerdo societario; ya que la LGS tiene como concepto estructural que la gerencia general es un órgano de naturaleza individual.

Por todo lo anterior, los acuerdos societarios de las sociedades reguladas por la LGS que son susceptibles de ser cuestionados bajo el régimen de cuestionamiento de validez de la misma ley son únicamente los acuerdos tomados por los órganos societarios de conformación colectiva; es decir, los acuerdos de la junta general de accionistas o de socios y del directorio; más no las decisiones del gerente general, pese a que en la práctica en algunas compañías existan más gerencias especializadas que también estén involucradas en la toma de decisiones en el plano gerencial.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

En doctrina se suele debatir sobre la naturaleza de los acuerdos societarios a fin de calificarlos como ‘hechos jurídicos’, ‘actos jurídicos’ o ‘negocios jurídicos’.

Sobre la calificación de hecho jurídico, Espinoza Espinoza nos comenta lo siguiente:

Por hechos jurídicos se entienden aquellos acontecimientos o aquellas situaciones (o estados) que produzcan una modificación de la realidad jurídica, o sea un efecto jurídico y que por eso son jurídicamente relevantes. Los hechos jurídicos son los antecedentes necesarios (aunque no siempre suficientes) para que se produzca un efecto cualquiera que sea, en el mundo jurídico: sin hechos jurídicos (relevantes), el ordenamiento jurídico permanece inerte y no nacen efectos jurídicos (2008, p. 27).

⁶ Artículo 153.- El directorio es órgano colegiado elegido por la junta general. Cuando una o más clases de acciones tengan derecho a elegir un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial (1997).

⁷ Véase a Rey y Trelles (2003).

Sobre la calificación de acto jurídico, Espinoza Espinoza nos enseña que el mismo es una especie dentro de los hechos jurídicos; ya que el acto jurídico es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y que desprende efectos jurídicos. Así, Espinoza Espinoza explica lo siguiente al referirse al acto jurídico:

Es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquel descarta la involuntariedad y la ilicitud. Lo primero es indudable. La palabra misma “acto” indica una determinación de voluntad. Mas algunos son de la opinión que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito (Enneccerus). Este parecer es inaplicable dentro de la sistemática de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico (2008, p. 23).

Por otra parte, cierta parte de la doctrina –con la que estamos de acuerdo– opina que los negocios jurídicos son manifestaciones de voluntades destinadas a producir efectos jurídicos buscados por un agente; pero que requieren de otros actos para que efectivamente puedan desprender efectos jurídicos. Así, por ejemplo, De Castro y Bravo señalan que el negocio jurídico es:

la declaración o acuerdos de voluntades (conducta significativa) con lo que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sean en base a dicha declaración o acuerdo sea completado con otros hechos o actos.⁸

Con las definiciones anteriores, se debe analizar la forma y naturaleza en que los acuerdos societarios son adoptados por los órganos sociales de conformación colectiva. Como señalamos en el anterior apartado, los órganos societarios tienen como objetivo formar y expresar la voluntad de la sociedad como persona jurídica independiente; para lo cual, los miembros de dichos órganos societarios (ya sea la junta de accionistas o el directorio) deben sesionar válidamente y adoptar las decisiones cumpliendo las formalidades previstas por la ley y las disposiciones estatutarias.

Entonces, debe tenerse claro de que un acuerdo de junta o de directorio no requiere la unanimidad de las partes (accionistas o directores); ya que las decisiones se adoptan bajo el principio de mayorías y, si bien puede existir intereses contrarios o, al menos, intereses diferentes en una sesión del órgano societario (por ejemplo, que

un accionista quiera aumentar el capital socio y otro accionista no); ello no significa desde un punto de vista jurídico de que exista pluralidad de partes; ya que los accionistas y los directores no actúan a título personal como lo harían en un contrato; sino que lo hacen como integrantes de un órgano colectivo a fin de que dicho órgano exprese la voluntad de la persona jurídica de la que es parte el órgano. En síntesis, los miembros del órgano colectivo no contratan entre sí; sino que debaten y votan para formar la voluntad de la persona jurídica.

Además, los acuerdos societarios si bien desprenderán efectos frente a sus miembros y a la propia sociedad; dichos acuerdos no obligan a la sociedad frente a terceros. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando la junta general de accionistas acuerda transferir un activo de su propiedad a un tercero y otorga facultades especiales para que una persona natural actúe en representación de la sociedad; ya que, si bien ya la sociedad ha manifestado su voluntad expresa de transferir el activo, dicho activo aún no se ha transferido al tercero; ya que para ello, se tendrán que celebrar los actos necesarios para cumplir tal fin, tal como puede ser la celebración de un contrato de compraventa.

Entonces, según nuestro punto de vista, un acuerdo societario es un hecho jurídico –como género– pero a su vez es también un negocio jurídico –como especie– precisamente porque implica la manifestación de la voluntad de la persona jurídica de obtener determinados efectos jurídicos, para lo cual deberán adoptarse diversas acciones/actos adicionales y que, si bien no vincula aún a la sociedad frente a terceros, si vincula a la propia sociedad y a los miembros de los órganos sociales. No obstante, la doctrina no es unánime en este campo; ya que, por ejemplo, Román Olivas opina que el acuerdo de una junta general es únicamente un hecho jurídico dado que la junta es un presupuesto para la declaración de voluntad de la sociedad; pero no es la declaración en sí misma aún (2008, p. 23); mientras que Rojo opina que el acuerdo social si es un negocio jurídico al indicar que:

Los acuerdos son aquellos negocios jurídicos mediante los cuales los miembros o integrantes de los órganos colegiados de una persona jurídica o de una colectividad organizada determinan la voluntad de esa persona o de esa colectividad. Cuando esa persona jurídica, es una sociedad, los acuerdos que adopta se denominan “acuerdos sociales” (2011, p. 1434).

⁸ Véase a De Castro y Bravo (2016).

IV. LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

En este punto del trabajo, nuestra intención es que el lector tenga presente que los acuerdos sociales que pueden ser impugnados bajo el régimen de la LGS son únicamente las decisiones adoptadas por los órganos de conformación colectiva. Así, como primer artículo a analizar desde un enfoque práctico, es el artículo 38 de la LGS, el cual señala lo siguiente:

Artículo 38.-

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad (1997).

A. Acuerdos susceptibles de ser cuestionados

Para determinar cuáles son los acuerdos sociales que están dentro del ámbito de aplicación del artículo 38 es vital identificar que dicho artículo se encuentra dentro del Libro I de la LGS que contiene las reglas aplicables a todas las sociedades de la antedicha ley. Es decir, así como las disposiciones sobre el objeto social, domicilio, duración, etc., que resultan de aplicación para todas las sociedades reguladas por la misma y no solo para la sociedad anónima, el artículo 38 engloba a todos los acuerdos societarios de las sociedades reconocidas por la LGS.

Por lo tanto, en primer lugar, se debe considerar que los acuerdos societarios de las sociedades colectivas, sociedades en comandita, sociedades comerciales de responsabilidad limitada y sociedades civiles son susceptibles de ser cuestionados bajo el artículo 38 de la LGS. No obstante, los

acuerdos de junta general de accionistas de una sociedad anónima no son posibles de ser cuestionados en base a dicho artículo; ya que tienen normas expresas al respecto (los artículos 139 y 150 de la LGS).

Ahora bien, el lector podrá preguntarse por qué estamos analizando el artículo 38 de la LGS cuando el propósito de este artículo es analizar los cuestionamientos de validez de los acuerdos societarios de una sociedad anónima (más de no otras formas societarias) y la respuesta es que dentro del artículo 38 también están comprendidos los acuerdos de directorio de una sociedad anónima; ya que, en las disposiciones especiales aplicables para la sociedad anónima, no se encuentra norma específica para ello. Esta falta de regulación especial para los acuerdos de directorio —a diferencia de la especialidad del régimen de validez de los acuerdos de junta general de accionistas— generó el debate de si la LGS permitía o no que los acuerdos de directorio puedan ser cuestionados o sí; por el contrario, la ley pretendía de que los acuerdos de directorio estén exentos de ser objetados en un plano judicial o arbitral; ya que —al existir un órgano societario superior como la junta general de accionistas— correspondía que la junta de accionistas se pronuncie sobre la validez de los mismos.

El debate señalado en el párrafo anterior fue analizado y resuelto por el Pleno Jurisdiccional Comercial del 2013 llevado a cabo el 27 y 28 de septiembre del 2013, en el que —sobre la interrogante de si resulta procedente la pretensión de impugnación o nulidad de los acuerdos de directorio de una sociedad anónima— se debatieron dos posturas. La primera ponencia sustentaba de que la LGS no había regulado expresamente la impugnación o nulidad de los acuerdos de directorio; dado que cualquier decisión del directorio puede ser ratificada o revocada por la junta general de accionistas, en su condición de órgano supremo de la sociedad. La segunda ponencia sustentaba de que, si bien la LGS no preveía el cuestionamiento a acuerdos de directorio, tampoco lo prohibía; por lo que debía aplicarse lo dispuesto por los artículos 38 y 49 de la ley. Finalmente, el Pleno adoptó por mayoría la conclusión plenaria de que si resulta procedente la impugnación o nulidad de acuerdos de directorio⁹.

Acerca de la conclusión plenaria del Pleno Jurisdiccional Comercial del 2013, opinamos que es correcta parcialmente; ya que nos parece que resulta claro de que los acuerdos de directorio deben ser

⁹ Para mayor análisis, se puede consultar a Echaiz Moreno, en “¿Cabe la impugnación y/o la nulidad de los acuerdos de directorio?”. A propósito del debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial de 2013.

posibles de ser objetados en base al artículo 38 de la LGS; ya que una posición en contra generaría que los acuerdos de directorio estén fuera de las luces del Derecho al sujetarlos únicamente a la revisión de la junta de accionistas (Que sigue siendo un órgano privado) y exonerándolos de una posible revisión judicial o arbitral.

No obstante, nos parece que el Pleno incurre en error al señalar que los acuerdos de directorio pueden ser cuestionados tanto mediante la vía de la nulidad como por la vía de la impugnación; ya que únicamente el artículo 38 se refiere a la nulidad de acuerdos societarios. Por lo tanto, nos parece que lo correcto hubiese sido que se concluya que los acuerdos de directorio si pueden ser cuestionados judicialmente (o arbitralmente) pero únicamente bajo la acción de nulidad.

B. Causales de nulidad

Consideramos que el artículo 38 de la LGS, y su redacción enredada principalmente entre el primer y segundo párrafo, pretende regular cinco causales de nulidad, pero finalmente termina regulando únicamente cuatro causales. De una lectura textual del artículo 38, vemos que el artículo bajo análisis se refiere a las siguientes cinco causales de nulidad de un acuerdo societario:

1. Acuerdos que omitan las formas de publicidad prescritas

Sobre esta primera causal, resulta llamativo el término de 'publicidad'; ya que es una causal que no se encontrará presente en los artículos aplicables para los acuerdos de la junta general de accionistas. Nos parece que la intención de esta primera aparente causal es que los acuerdos sean nulos en caso no se cumpla con las formalidades de convocatoria, tales como una posible falta de publicación de avisos de convocatoria en caso ello sea requerido por la ley o por los estatutos; ya que no encontramos algún otro evento en la LGS que requiera algún tipo de 'publicidad' para que un acuerdo sea válido.

Si bien hay algunos acuerdos que requieren actos de publicidad posteriores a la adopción del acuerdo social; por ejemplo, la publicación de un aviso (en el caso de reducciones de capital) o el otorgamiento de una escritura pública (en el caso de modificaciones estatutarias); dichos actos posteriores no involucran o afectan de modo alguno la validez del acuerdo; sino que afectarán la posibili-

dad de ejecutarlo o llevarlo a cabo. Así, por ejemplo, si en una reducción de capital por devolución de aportes no se cumple con publicar los avisos de reducción de capital requeridos por la LGS, no significará que el acuerdo en sí adolece de un vicio de validez; sino que simplemente no podrá ejecutarse dicha reducción.

Entonces, bajo esa postura, consideramos que esta primera aparente causal en realidad no es una causal real de nulidad aplicable (al menos para acuerdos de directorio); ya que la no observancia de las formalidades de convocatoria estarán dentro de la causal 3 del presente apartado referida a los acuerdos adoptados en contra de las leyes de orden público o dentro de la causal 4 del presente apartado referida a los acuerdos adoptados en contra de los estatutos sociales.

2. Cuando los acuerdos sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres

Esta causal si responde a un evento concreto que puede calificarse como una causal de nulidad propia e independiente. Lo llamativo de esta causal es que el artículo 38 utiliza un texto idéntico al del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que "es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

Ahora bien, lo primero a analizar es cuáles son las 'leyes que interesan al orden público' y si dicho concepto es un sinónimo o no de las 'normas imperativas'. En otras palabras, corresponde preguntarse si todas las normas de carácter imperativo son normas de orden público o si; por el contrario, hay algunas normas que, si bien pueden ser de obligatorio cumplimiento, no interesan al orden público. Esta problemática que es trasladada al ámbito societario de la LGS por el artículo 38 es, hasta ahora, abordada continuamente por la doctrina civil al estudiar la nulidad del acto jurídico regulada por el Código Civil. Si bien existen algunas voces doctrinarias que postulan que las 'leyes que interesan al orden público' son distintas a las 'normas imperativas', nosotros nos mostramos acordes a las opiniones de Espinoza Espinoza¹⁰ y de Rubio¹¹ al comentar el alcance del artículo V del Título Preliminar cuando señalan que el legislador peruano entendió como sinónimos el concepto de "normas que interesan al orden público" y el de 'normas imperativas'; por lo que no se debe pretender establecer rangos distintos a ambos.

¹⁰ Véase a Espinoza Espinoza (2008).

¹¹ Véase a Rubio Correa (2008).

Por otra parte, el concepto de ‘buenas costumbres’ también ha sido analizado en reiteradas ocasiones por la doctrina civil; siendo que su carácter valorativo asignando a unas conductas la calificación de ‘buenas’ y por antinomia, a otras conductas como ‘malas’ genera que su definición sea, al menos, difícil de aplicar. Sin perjuicio de que el objetivo del presente artículo no es abordar esta problemática de forma profunda, nos permitimos destacar la definición de ‘buenas costumbres’ del profesor Espinoza Espinoza al indicar que las buenas costumbres son entendidas como “los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social” (2002, p. 302).

Con lo anterior, un acuerdo de directorio será nulo en caso contravenga una disposición imperativa contenida en la LGS; como podría ser que –en base a una delegación de la junta de accionistas– acuerde que las acciones representativas del capital social se emitan al portador, lo cual iría en contra del artículo 51 de la LGS que obliga que las acciones representativas del capital social de una sociedad anónima sean nominativas. Asimismo, un acuerdo de directorio será nulo en caso contravenga las buenas costumbres; lo cual quedará dentro del ámbito de valoración del juez o árbitro (por citar un ejemplo, que un acuerdo de directorio disponga que la sociedad dejará de realizar donaciones a un albergue de ancianos ¿será contrario a las buenas costumbres? Para algunos sí y para otros será una decisión adoptada válidamente).

3. Cuando los acuerdos sean contrarios a las estipulaciones del pacto social

El pacto social es el negocio jurídico por el que se constituye la sociedad. En otras legislaciones, el pacto social es denominado expresamente como contrato de sociedad. No debe confundirse al pacto social con los estatutos sociales; ya que –como hemos señalado– el primero es el negocio jurídico por el cual los socios fundadores convienen en constituir una sociedad; mientras que los estatutos sociales son las reglas de funcionamiento de la sociedad. El pacto social está regulado por el artículo 53 de la LGS.

De este modo, esta causal de nulidad de acuerdos societarios estará estrechamente vinculada a la realidad de cada sociedad y a su acto fundacional; siendo, por ejemplo, posible que en el contrato de sociedad se haya pactado que los socios fundadores tendrán el derecho de nombrar al gerente general de la sociedad durante los cinco primeros años de existencia de la sociedad; por lo que, un acuerdo de directorio que vaya en contra de dicho acuerdo será nulo más allá de que no contravenga ninguna norma de la LGS y/o alguna disposición

de los estatutos sociales. En ese sentido, el pacto social no debe verse únicamente como un hecho aislado que dejó de tener importancia en la vida social luego de culminado el proceso de constitución de la sociedad; sino que lo acordado en el pacto social podrá tener incidencia en los acuerdos sociales futuros.

4. Cuando los acuerdos sean contrarios a los estatutos sociales

Como señalamos previamente, los estatutos sociales son las normas de funcionamiento de una sociedad anónima cuyo contenido está regulado por el artículo 55 de la LGS. Los estatutos entonces tendrán normas para el funcionamiento de los órganos societarios; ya sea desde el punto de vista formal (por ejemplo, estableciendo mayorías necesarias para la adopción de acuerdos) o desde el punto de vista de fondo (por ejemplo, reservando determinados asuntos para la competencia exclusiva de los órganos sociales). De este modo, esta causal también está estrechamente vinculada a la realidad de cada sociedad y sus normas de funcionamiento. Entonces, para clarificar esta causal, un acuerdo de directorio será nulo en caso no haya cumplido con el quórum requerido para la adopción de determinado asunto según las normas especiales que pueda tener los estatutos.

5. Cuando los acuerdos sean contrarios a los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Este asunto es bastante interesante de analizar; ya que el tema del interés social es un aspecto bastante debatido a nivel doctrinario. ¿Cuál es el propósito de una sociedad anónima? ¿Será acaso el maximizar el interés/beneficio económico de los accionistas o acaso la propia persona jurídica tendrá un interés propio independiente al de las personas que la conforman? Para contestar dichas interrogantes, la doctrina ha sabido adoptar dos posturas tradicionalmente.

La primera es la teoría contractualista (también llamada ‘monista’) la cual defiende de que el interés social:

Debe definirse e identificarse como el interés común de todos los socios que integran los distintos intereses de los aportantes del capital, sirviendo de punto de referencia en la actuación de los órganos sociales. Esta teoría no oculta la existencia de otros intereses presentes en la vida de la sociedad, pero en la adopción de las decisiones no es posible individualizar otro interés que no sea el de los socios o accionistas (Sanz, 2019, p. 495).

La segunda es la teoría institucionalista (también llamada ‘pluralista’) la cual defiende de que el interés social “tiene un valor superior al de los aportantes del capital y supone la consecución de la mayor eficiencia productiva de la empresa sacrificando los intereses particulares de los socios” (Sanz, 2019, p. 501).

En el Perú, no existe actualmente alguna corriente jurisprudencial o siquiera una corriente doctrinaria significativa que nos permita adoptar alguna teoría (entre la institucional, la contractualista o alguna otra tesis) que sirva de guía para definir en el presente artículo cuándo un acuerdo social será contrario al interés social; por lo que –ante un eventual proceso judicial o arbitral de nulidad de acuerdo societario por esta causal– le corresponderá al juez o al árbitro definir en primer término el concepto de interés social; para luego, analizar si el acuerdo supuestamente nulo ha ido en contra de dicho interés. No obstante, el análisis de esta causal no se limita en determinar si hay una vulneración del interés de la sociedad; sino que también el acuerdo societario debe implicar un beneficio directo o al menos indirecto a uno o varios socios para que sea considerado nulo.

Para concluir este apartado, debemos comentar el segundo párrafo del artículo 38 de la LGS el cual señala que, serán nulos los acuerdos adoptados en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, “si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias”. Desde nuestro punto de vista, dicho párrafo no regula una causal distinta de nulidad y ni siquiera resulta necesario; siendo incluso susceptible de generar confusión; ya que si un acuerdo es adoptado sin cumplir lo dispuesto por el pacto social o el estatuto vigente al momento de adoptar el acuerdo; simplemente estará en alguna de las causales de nulidad que hemos abordado previamente (ya sea en la tercera o la cuarta de ellas).

C. Legitimidad activa

Un aspecto controvertido sobre la nulidad de acuerdos societarios según el artículo 38 de la LGS es que dicho artículo no señala expresamente quienes están legitimados para poder iniciar la acción de nulidad. No obstante, el último párrafo del artículo 38 indica que la nulidad se rige también,

entre otros, por el artículo 35¹² de la LGS, el cual expresa (al referirse a la pretensión de nulidad del pacto social) que la acción podrá ser iniciada por ‘personas con legítimo interés’.

Entonces, para el caso de una acción de nulidad de un acuerdo de directorio, la LGS prevé una fórmula amplia para invocar legitimidad para obrar activa; ya que no contempla una lista limitativa de personas que puedan iniciar dicha acción; sino que se deberá acreditar contar un legítimo interés; por lo que las posibilidades son amplias; tales como que sea un accionista, un director, el gerente general o un tercero incluso quien pueda iniciar una acción de nulidad, dependiendo de cada caso concreto.

D. Plazo para iniciar la acción de nulidad

Por último, al igual que en el caso de la legitimidad para obrar activa, si bien el artículo 38 de la LGS no señala expresamente el plazo dentro del cual se podrá iniciar una acción de nulidad, dicho artículo si nos remite al artículo 35 de la LGS, el que –al referirse a la pretensión de nulidad de pacto social– señala que la acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en los Registros Públicos.

Si bien es cierto que, tal como señala Abramovich:

El artículo 35 establece un plazo de dos años contando a partir de la inscripción (en ese caso) de la escritura pública de constitución. No obstante, en el caso del directorio, la mayoría de los acuerdos adoptados por dicho órgano social no dan origen a una escritura pública, por lo que la aplicación directa de esa norma trae ciertos problemas de interpretación (2003, p. 253).

Consideramos que el hecho relevante es considerar el plazo señalado en el artículo 35 y no el evento de partida para el cómputo de plazo; ya que es evidente que en el caso de las nulidades de acuerdos societarios del artículo 38 de la LGS, el inicio del cómputo de plazo es el acuerdo viciado.

Entonces, nuestra opinión es que la LGS prevé que una acción de nulidad de acuerdos de directorio estará sujeta a un plazo de caducidad (que no acepta interrupción) de dos años contados desde la adopción del acuerdo.

¹² Artículo 35 de la Ley General de Sociedades:

La demanda de nulidad del pacto social, se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro (1997).

V. LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 139 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

El artículo 139 de la LGS señala lo siguiente:

Artículo 139

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe (1997).

A. Acuerdos susceptibles de ser cuestionados

Al respecto, no cabe duda de que únicamente los acuerdos de junta general de accionistas pueden ser cuestionados a través del artículo 139 de la LGS por disposición expresa de dicho artículo. Este artículo –al tratarse de una norma específica para sociedades anónimas– no puede (o no debe) extrapolarse a otros acuerdos societarios como los acuerdos de directorio o los acuerdos de otras sociedades que tienen otras formas societarias.

No obstante, en el presente apartado nos permitimos pronunciarnos respecto al término de ‘acuerdos impugnables’ que utiliza el artículo 139; ya que –desde un punto de vista civil– los actos jurídicos (incluidos los negocios jurídicos) adolecen de vicios de nulidad o de anulabilidad; pero no de vicios de ‘impugnabilidad’; ya que la impugnación está más ligada al acto necesario para ejecutar la acción. Es como decir que un acuerdo es ‘demandable’; siendo que uno puede iniciar una demanda de nulidad o una demanda de anulabilidad. En otras palabras, el término de ‘impugnabilidad’ resulta confuso; ya que pareciera ser una nueva categoría de vicios del acto y del negocio jurídico.

No obstante, dado que el artículo 150 de la LGS regula la nulidad de los acuerdos de junta gene-

ral de accionistas, consideramos que, más allá del nombre que la LGS le ha atribuido a este tipo de vicios, en realidad el propósito de la LGS es que el artículo 139 regule los vicios de anulabilidad de un acuerdo de junta de accionistas. Esta postura no es únicamente semántica ya que incide directamente en los efectos de una sentencia de ‘impugnación’ de acuerdos societarios; ya que una sentencia de nulidad es una sentencia declarativa, mientras que la sentencia de anulabilidad es una sentencia constitutiva. Además, al ser las causales del artículo 139 de la LGS, causales de anulabilidad, serán susceptibles de ser subsanados (como efectivamente es permitido por el segundo párrafo del artículo 139 de la LGS).

B. Causales de impugnación (o anulabilidad)

Según nuestra opinión, el artículo 139 de la LGS prevé cinco causales de impugnación (anulabilidad) de un acuerdo de junta general de accionistas, las cuales son las siguientes:

1. Acuerdos cuyo contenido sea contrario a la Ley General de Sociedades

Sobre este punto, nos parece interesante que el artículo 139 utilice el texto de que un acuerdo adolecerá de un vicio de anulabilidad cuando su ‘contenido’ vulnere alguna disposición de la LGS. Es decir, desde nuestro análisis, esta primera causal no se refiere a errores de forma, tal como puede ser algún defecto en el proceso de convocatoria de la junta; sino que el vicio está ligado a la propia sustancia del acuerdo.

Sin embargo, como veremos más adelante, precisamente este es el defecto más complicado de salvar según la redacción actual de la LGS; ya que un acuerdo contrario a la LGS también podrá ser considerado nulo según el artículo 150. Sin embargo, como una propuesta para la aplicación del actual régimen de cuestionamiento de acuerdos societarios, consideramos que puede interpretarse que serán acuerdos impugnables (anulables) aquellos acuerdos que vulneren disposiciones imperativas de la LGS que no estén sancionadas expresamente con la nulidad. Así, por ejemplo, el artículo 194 señala expresamente que un acuerdo de junta general de accionistas que absuelva de forma anticipada la responsabilidad del gerente general será nulo; por lo que, un acuerdo de junta con dicho contenido no será impugnado; ya que el propio artículo le reserva la sanción de nulidad.

En este punto, destacamos que podrán darse casos que un acuerdo vulnere tanto disposiciones de la LGS como de los estatutos de la sociedad;

ya que en muchos casos los estatutos de las sociedades peruanas se limitan a replicar las disposiciones de la LGS. En ese supuesto de que una disposición estatutaria refleje una disposición de la LGS, en caso exista un acuerdo que vaya en contra de ambas (por el hecho de regular exactamente lo mismo), opinamos que únicamente se debe considerar que el acuerdo vulnera a la LGS; ya que los estatutos no han regulado una situación especial o distinta; sino que se han limitado a replicar lo señalado por la LGS.

2. Acuerdos que se opongan al estatuto de la sociedad

En la línea de lo estudiado en el apartado referente al artículo 48 de la LGS, esta causal está estrechamente vinculada a la realidad de cada sociedad y sus normas de funcionamiento consignadas en el estatuto. Entonces, un acuerdo de junta general de accionistas será anulable en caso no haya cumplido con alguna disposición expresa de los estatutos; tal como podría ser que no se haya observado alguna mayoría requerida en los estatutos que sea superior a las mayorías por *default* previstas en la LGS.

3. Acuerdos que se opongan al pacto social

Siguiendo la misma lógica que el análisis realizado para el artículo 38 de la LGS, esta causal de anulabilidad de acuerdos de junta general de accionistas estará estrechamente vinculada a la realidad de cada sociedad y a su acto fundacional; siendo, por ejemplo, posible que en el contrato de sociedad (pacto social) se haya pactado que la junta de accionistas sea el único órgano social competente para acordar aumentos de capital por un determinado monto; por lo que, un acuerdo de junta de accionistas en sentido contrario adolecerá de un vicio de anulabilidad.

4. Acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas

Tal como explicamos previamente, en el Perú, no existe actualmente alguna corriente jurisprudencial o doctrinaria significativa que nos permita adoptar alguna teoría que sirva de guía para

definir al ‘interés’ de una sociedad; por lo que, corresponderá, en primer lugar, que el juez o árbitro adopte una tesis (ya sea contractualista, institucionalista u otra) para definir al interés social y; bajo dicho parámetro, analizar si un acuerdo de junta de accionistas va en contra de dicho interés. En segundo término, para que opere este causal de anulabilidad, deberá acreditarse no solo la afectación del interés social; sino también que el acuerdo de junta de accionistas le generó un beneficio –directo o indirecto– a uno o varios accionistas.

5. Acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en el Código Civil

Desde nuestra opinión, la LGS incurre en un error al vincular al régimen especial de anulabilidad de acuerdos societarios de la LGS al régimen ordinario de anulabilidad del Código Civil; ya que la intención de tener un régimen especial es, precisamente, tener causales mucho más limitadas para el cuestionamiento de acuerdos societarios, dado que es propósito de la LGS preservar la validez de los acuerdos, tomando en cuenta el dinamismo de la actividad empresarial. Más allá de esta opinión crítica, el régimen de anulabilidad de acuerdos de junta de accionistas también comprenderá entonces las causales de anulabilidad del artículo 221 del Código Civil¹³.

Para concluir este apartado, también debemos mencionar que, por ejemplo, el artículo 143 de la LGS señala que los acuerdos que adolezcan de algún defecto de convocatoria o de quórum serán susceptibles de ser impugnados (anulados). Lo mismo ocurre para los acuerdos de junta general de accionistas que se adopten en situaciones de conflicto de interés según el artículo 133 de la LGS; ya que dicho artículo señala expresamente que los acuerdos adoptados sin observar el deber de abstención de voto del accionista en casos de conflicto de interés serán impugnables en tenor del artículo 139 de la LGS. Es decir, en dichos casos, opinamos que no debe existir duda de que un acuerdo con dichos defectos serán objeto de ser cuestionados vía impugnación (anulabilidad) y no vía la acción de nulidad; por referencia expresa de la propia LGS.

¹³ Artículo 221.-

El acto jurídico es anulable:

1. Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable (1984).

C. Legitimidad activa

Según el artículo 140 de la LGS¹⁴, la acción de impugnación (anulabilidad) de un acuerdo de junta general de accionistas únicamente puede ser iniciada (i) por los accionistas que en la junta hubiesen dejado constancia de su oposición al acuerdo, ya sea en la propia acta de junta de accionistas o mediante carta notarial conforme a lo dispuesto por el artículo 135 de la LGS; (ii) por los accionistas ausentes en la junta de accionistas cuyo contenido se cuestiona; y (iii) por los accionistas que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto (como podría darse el caso de un accionista que, sin haber estado incurrido en una situación de conflicto de interés, se le haya considerado en tal situación y; por ende, no se haya considerado su voto para la adopción de un acuerdo). Asimismo, de forma excepcional, los accionistas titulares de acciones sin derecho a voto podrán iniciar una acción de impugnación frente a acuerdos que afecten sus derechos especiales.

Como puede notarse, las personas a quienes la LGS les atribuye la legitimidad para obrar activa es bastante limitada (únicamente a los accionistas de la sociedad en determinadas situaciones); por lo que no será posible que un director, un gerente general, un tercero o, inclusive, un accionista que haya votado a favor del acuerdo pueda iniciar válidamente una acción de impugnación en base al artículo 139 de la LGS.

Es más, según el artículo 144 de la LGS, el accionista que inicie una acción de impugnación debe mantener su condición durante todo el proceso; siendo que, cualquier transferencia voluntaria, ya sea parcial o total, de las acciones de su titularidad generará que el proceso de impugnación se extinga respecto de él. De hecho, debe notarse que el artículo 144 señala que la transferencia parcial de las acciones del accionista impugnante generará que el proceso de impugnación se extinga; por lo que, por ejemplo, si un accionista titular de 1000 acciones que haya interpuesto una demanda de impugnación transfieren durante el proceso 1 acción de su propiedad, dicha transferencia

(que parecería inmaterial) implicará la extinción del proceso de impugnación.

D. Plazo para iniciar la acción de impugnación

El artículo 142 de la LGS prevé tres plazos de caducidad (que, por ende, no admiten interrupción) para iniciar la acción de impugnación, los cuales son (i) dos meses contados desde la adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; (ii) tres meses contados desde la adopción del acuerdo si el accionista no concurrió a la junta; y, en caso de acuerdos inscribibles en Registros Públicos, (iii) un mes desde la inscripción en sede registral.

El asunto problemático se genera en el tercer plazo referido a los acuerdos que pueden ser inscritos en Registros Públicos; ya que, en caso el acuerdo no sea inscrito en sede registral (ya sea por observaciones que se puedan formular por los Registros Públicos, por el simple hecho de que no se haya seguido con el procedimiento formal de formalización del acuerdo o por cualquier otro motivo) implicaría que el plazo nunca inicie su cómputo, lo cual va en contra de la intención de la norma de prever plazos cortos para que un acuerdo pueda ser cuestionado, precisamente para proteger los efectos que el acuerdo haya podido desprender en el mercado.

Entonces, consideramos que el plazo de tres meses únicamente debe ser utilizado para acuerdos que necesariamente deben quedar inscritos en la partida registral de la sociedad según la LGS y no en aquellos acuerdos en los que la inscripción únicamente tenga efectos de publicidad. Así, por ejemplo, un acuerdo de aumento de capital que obligatoriamente debe quedar inscrito en Registros Públicos como lo prevé el artículo 201 de la LGS¹⁵ opinamos que debe estar sujeto al plazo de tres meses; siendo que la demora en el inicio de cómputo recaerá en la diligencia de la propia sociedad para formalizar el acuerdo; mientras que, por ejemplo, un acuerdo con el nombramiento de apoderados que si bien puede quedar inscrito en Registros Públicos, debe estar sujeto a los plazos de un mes o dos meses (dependiendo de si el

¹⁴ Artículo 140.-

La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación sólo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones (1997).

¹⁵ Artículo 201.-

El aumento de capital se acuerda por junta general cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro (1997) [el énfasis es nuestro].

accionista concurrió o no a la junta); ya que la inscripción del nombramiento no implica un requisito para su validez, tal como lo prevé el artículo 14 de la LGS¹⁶.

VI. LA NULIDAD DEL ARTÍCULO 150 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

El artículo 150 de la LGS señala lo siguiente:

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo (1997).

A. Acuerdos susceptibles de ser cuestionados

Sobre el particular, no cabe duda de que únicamente los acuerdos de junta general de accionistas pueden ser cuestionados a través del artículo 150 de la LGS por disposición expresa de dicho artículo. Este artículo —al tratarse de una norma específica para sociedades anónimas— no puede (o no debe) extrapolarse a otros acuerdos societarios como los acuerdos de directorio o los acuerdos de otras sociedades que tienen otras formas societarias.

B. Causales de nulidad

Según nuestra lectura, el artículo 150 de la LGS prevé dos causales de nulidad de un acuerdo de junta general de accionistas, los cuales son los siguientes:

1. Acuerdos contrarios a normas imperativas de la Ley General de Sociedades

Como señalamos al estudiar el régimen de impugnación de acuerdos de junta general de accionistas del artículo 139 de la LGS, quizás el más grande problema e incongruencia en el régimen de cues-

tionamiento de validez de los acuerdos de junta general de accionistas de una sociedad anónima es que pareciera que tanto el artículo 139 como el artículo 150 contemplan que los acuerdos contrarios a las normas imperativas de la LGS adolecen —al mismo tiempo— de un vicio de nulidad y de anulabilidad; lo cual, a todas luces, resulta erróneo y, sobre todo, implica una situación de inseguridad jurídica para la sociedad, accionistas, administradores y terceros.

Entonces, tal como desarrollamos previamente, la tesis que consideramos puede adoptarse para sobrepasar dicha problemática es que únicamente las normas imperativas de la LGS que tengan la sanción expresa de nulidad puedan ser cuestionadas mediante el artículo 150 de la LGS (tal como sucede con el artículo 194 de la LGS); mientras que el resto de normas imperativas que no tengan una sanción expresa de nulidad ni anulabilidad; sean susceptibles de ser cuestionadas solamente bajo el artículo 139 de la LGS.

Algún lector podrá estar preguntándose por qué no postulamos la idea inversa; es decir, que los acuerdos impugnables (anulables) sean solamente aquellos en los que la LGS los sancione expresamente con tal efecto (como el caso del artículo 133 de la LGS) y que en aquellas normas imperativas de la LGS en las que no haya sanción expresa se considere que debe aplicarse el régimen de nulidad del artículo 150; y la respuesta está principalmente en la naturaleza de ambos vicios. La nulidad es el vicio más fuerte del cual puede adolecer un acto o negocio jurídico; ya que no puede ser subsanado por el tiempo ni por voluntad de las partes y porque una sentencia de nulidad tiene una naturaleza declarativa; ya que el acto nulo no será susceptible de desprender efectos jurídicos (como se dice coloquialmente, el acto nulo nació muerto o simplemente no existió); por lo que sus causales deben ser mucho más limitadas que las de la anulabilidad (vicio que puede ser subsanado y cuya sentencia de nulidad es constitutiva).

Por último, en caso existan estatutos sociales que se limiten a recoger las disposiciones de la LGS, un acuerdo de junta de accionistas que vaya en contra —por ser regulaciones espejo— tanto de la LGS como de los estatutos sociales, opinamos que únicamente el acuerdo debe ser considerado como

¹⁶ Artículo 201 de la Ley General de Sociedades:

El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta **surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes**. Estos actos o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso (1997) [el énfasis es nuestro].

contrario a las disposiciones de la LGS; ya que los estatutos no regularon disposiciones especiales a las previstas por la normativa societaria; por lo que —en el fondo— no hay una vulneración a los estatutos de la sociedad.

2. Acuerdos que adolezcan de algún vicio de nulidad previsto en el Código Civil

Si bien consideramos que el régimen de impugnación de acuerdos societarios debería ser independiente al régimen civil ordinario, el texto actual de la LGS no permite otra conclusión distinta a que un acuerdo de junta general de accionistas también puede adolecer de un vicio de nulidad previstos en el artículo 219 del Código Civil peruano¹⁷.

C. Legitimidad activa

Conforme lo señala el artículo 150 bajo análisis, cualquier persona que tenga legítimo interés puede iniciar una acción de nulidad de un acuerdo de junta general de accionistas; por lo que, en principio, cualquier accionista (sin la distinción de que haya participado o no en la junta de accionistas), un director, el gerente general, un trabajador o un tercero ajeno a la sociedad podrá interponer una acción de nulidad en base al artículo 150 siempre que acredite su 'legítimo interés'. En este punto, debemos precisar de que, a diferencia del régimen de nulidad civil ordinario del Código Civil, que incluso permite que la nulidad sea alegada por el Ministerio Público según el artículo 220 del Código Civil, el régimen de nulidad societaria no extiende la legitimidad para demandar la nulidad de un acuerdo de junta de accionistas al Ministerio Público.

D. Plazo para iniciar la acción de nulidad

Un aspecto que debemos destacar del régimen de nulidad de un acuerdo de junta de accionistas es su claridad respecto al plazo de caducidad para iniciar la acción; ya que el tercer párrafo del artículo 150 señala expresamente de que la acción de nulidad tiene un plazo de caducidad (por lo que no

permite interrupción) de un año contado desde la fecha de adopción del acuerdo, sin establecer situaciones excepcionales —como en el régimen de impugnación de acuerdos— en caso los acuerdos puedan o no ser inscritos en sede registral o vinculados a la participación del accionista en la junta de accionistas.

VII. COMENTARIOS FINALES

La posibilidad de cuestionar la validez de acuerdos societarios es una forma indispensable, no sólo para tutelar los derechos de los socios; sino también para proteger los intereses de la propia sociedad y de terceros; por lo que contar con un régimen claro de cuestionamiento resulta esencial para lograr tales objetivos. La LGS tiene una serie de virtudes que le han permitido tener una vigencia de veinticinco años (a la fecha de preparación del presente artículo) y que pareciera no tener una fecha de término próximo; sin embargo, una de sus principales debilidades es precisamente la regulación sobre el cuestionamiento de acuerdos sociales.

Si bien en el presente trabajo hemos brindado algunas ideas para despejar la falta de claridad en la LGS y así obtener al menos cierto grado de seguridad jurídica en este tema, somos de la opinión que resulta apremiante que se apruebe un nuevo régimen a nivel dispositivo para clarificar la normas sobre el cuestionamiento de acuerdos societarios; ya que, dada la débil técnica sobre este régimen, somos conscientes que las interpretaciones que se le pueden dar son numerosas y principalmente, sustancialmente contradictorias.

REFERENCIAS

- Abramovich, D. (2003). La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la ley general de sociedades. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (47), 243.
- De Castro & Bravo, F. (2016). *El negocio jurídico*. Editorial Civitas.

¹⁷ Artículo 219 del Código Civil:

El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Derogado.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa (1984).

Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Ius et Veritas*, (24), 302-313.

(2008). Acto Jurídico Negocial. Análisis Doctrinario, Legislativo y Jurisprudencial. Gaceta Jurídica.

Rey, A. & Trelles, J. (2003). El Gerente General. En *Tratado de Derecho Mercantil* (pp. 465-485). Gaceta Jurídica.

Rojo, A. & Beltrán, E. (2011). *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Editorial Civitas.

Roman, M. (2009). *El derecho de impugnación de acuerdos societarios*. Editorial Grijley.

Rubio, M. (2008). El Título Preliminar del Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sanz, P. (2019). El concepto de interés social en el Derecho societario español: Las teorías contractualistas e institucionalista a debate. En I. E. Lázaro González & A. Serrano Molina (dirs.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Don José María Castán Vásquez* (pp. 491-511). Editorial Reus.

Uría, R. & Menéndez, A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Civitas.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997 (Perú).